

informativo

CONSULEX



ANO X – Nº 1

BRASÍLIA, 1 DE JANEIRO DE 1996

EDIÇÃO SEMANAL

SEÇÕES

DESTAQUE DA SEMANA	24
DOCTRINA	28
INDICADORES	32
JURISPRUDÊNCIA	5
LEGISLAÇÃO	24
PONTO DE VISTA	25

DOCTRINA

Vacatio Legis – Lei Penal Inconstitucional

Luiz Vicente Cernicchiaro – (Página 26)

O STF e o Novo Agravo de Instrumento

Antonio Balsalobre Leiva – (Página 28)

Entendendo o Sistema Financeiro Nacional

Rodrigo Moura de Araújo Faria – (Página 27)

PONTO DE VISTA

As Reformas Políticas e do Judiciário

Geraldo Brindeiro – (Página 25)

PENAL

Vacatio Legis – Lei Penal Inconstitucional

Luiz Vicente Cernicchiaro (*)

A Lei nº 9.099/95 estabeleceu o prazo de 60 dias para o início de vigência (art. 96). Essa disposição – *vacatio legis* – é comum em leis que encerram dispositivos que inauguram modificação profunda e significativa em uma área jurídica. Visa a não colher de surpresa os destinatários da norma, ou, como no caso, necessárias se fazem algumas implantações. Na espécie o procedimento recebe novidades elegendo subsidiários o Código de Processo Civil (art. 52), o Código Penal e o Código de Processo Penal (art. 92). Além disso, os Estados, o Distrito Federal e territórios criarão e instalarão os Juizados Especiais no prazo de seis meses, a contar da vigência desta Lei (art. 95).

Na *vacatio legis*, a lei carece de vigência. Em outras palavras, ainda não compõe (materialmente) o ordenamento jurídico. A Lei de Introdução ao Código Civil estatui no art. 1º: “Salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o País 45 dias depois de oficialmente publicada”.

O Direito é uno. Os setores dogmáticos, entretanto, evidenciam características próprias. O Direito Penal não se confunde com o Direito Civil. Mais pelos princípios do que pelas leis. O raciocínio, logicamente, também é distinto.

A lei dos Juizados Especiais interessa também ao Direito Penal. Diz respeito ao poder de punir (não se esgota no procedimento). Basta dizer, escoado o período da suspensão do processo, respeitadas as condições, o juiz declara extinta a punibilidade. É, pois, também, lei

penal.

A Constituição da República, tradicionalmente, registra a chamada (tecnicamente, imprópria) retroatividade benéfica da lei penal (art. 5º, XL). Aplica-se sempre a lei mais favorável ao réu. Também aqui deve ser entendida a teleologia da norma. Cumpre sacrificar o aspecto meramente literal. O enunciado do tipo é feito pelo Estado através de lei em sentido formal. Só assim, gera efeito.

Na *vacatio legis*, a elaboração da lei foi escoreita. Nenhum vício a macula. Apenas o tempo fixado ainda está em curso. Ideologicamente, contudo, há formal e solene declaração de aplicar a lei penal mais favorável. Não faz sentido, por isso, por mero apego à letra do texto, aguardar a respectiva fluência. O argumento de, nesse meio tempo, a lei poder ser revogada (aconteceu com o Código Penal de 1969) não influi no raciocínio. O comando da Constituição é incondicional, no sentido de beneficiar.

Desse modo, a Lei nº 9.099/95, não obstante fixar o prazo de 60 dias para entrar em vigor, quanto à suspensão condicional do processo, ganhou vigência na data da sua publicação, ou seja, no dia 27 de setembro de 1995. É, sem dúvida, lei penal mais favorável. Quanto a isso, a evidência é palmar. Basta o confronto da atual e da antiga disciplina. Eventuais dificuldades de normas procedimentais não representam óbice algum. Em Processo Penal as normas são aplicáveis também por analogia.

Recorde-se ainda: a *vacatio legis* busca, antes da vigência,

PENAL

favorecer a pessoa, a fim de não ser surpreendida com a nova disciplina. Seria contra-senso deixar de aplicar, imediatamente, lei que se destina a favorecer. No caso em comento: por que esperar 60 dias para início de vigência, se no segundo mês haverá a nova disciplina? Seria manter a lei mais rigorosa durante esse tempo e, escoado o prazo, de ofício, conferir o novo tratamento. Sem dúvida, evidente exemplo de raciocínio de aplicação formal de lei, escorada apenas no sentido gramatical do texto legal! Apesar de aproximar-se o século XXI!

A elaboração da lei pode apresentar vício de procedimento. Evidenciar-se inconstitucional. Em outras palavras, o texto exterioriza a posição oficial (representa a sociedade), todavia, de maneira, legislativamente, defeituosa. Significa, porém, a diretriz a ser adotada nesse setor. Evidente, o raciocínio é válido quando a norma posterior for mais favorável. Materialmente, ocorre *abolitio criminis*, ou foi amenizado, de qualquer modo, o tratamento até então em vigor. O tema ganha amplo espaço na literatura italiana e a Corte Constitucional decidiu que, no caso, se está de frente a um conflito entre interesse individual e *favor libertatis* e o interesse da tutelada comunidade.

Isso vem a propósito do art. 90: "As disposições desta Lei não se aplicam aos processos penais cuja instrução já estiver iniciada".

Sinceramente, não entendi a restrição. Inadequada para os fins

da lei: de um lado, visou a diminuir as montanhas de processo; de outro, ideologicamente mais importante, ensejar a solução alternativa. A limitação contrasta com dois princípios expressos: aplicação incondicional da lei penal mais favorável e a igualdade perante a lei.

Nenhuma lei penal, escreva-se ainda, mais favorável sofre qualquer restrição. Aplica-se imediatamente. De outro lado, distinguir fase do procedimento, em última análise, é distinguir réus. Observou-se, o juiz decidirá depois de recebida a denúncia (art. 89, 1º). Tem-se, então, quanto a réus, tratamentos diferentes. Dois pesos e duas medidas! Razão meramente cronológica – início da instrução. Como esta começa com o interrogatório (CPP, art. 185), o juiz terá elementos mais seguros para fixar as condições. Até por conveniência (sentido público) cumpre afastar a restrição.

O art. 90, assim, é materialmente inconstitucional. A limitação não encontra amparo, respaldo nos princípios que regem o instituto.

Lei inconstitucional é o nada jurídico. No contexto em que tem aplicação lei inconstitucional (mais favorável), lógico, cumpre repelir a mencionada restrição. O juiz aplica lei constitucional e deve recusar as que afrontam os princípios da Constituição da República.

(*) O autor é Ministro do Superior Tribunal de Justiça e professor titular da Universidade de Brasília.